

Tilburg University

Over vertrouwen, derdenbescherming en de lijdelijkheid van de Kamer van Koophandel

van der Sangen, G.J.H.

Published in:

Stichting & Vereniging: tijdschrift over belastingen, recht en management rond stichtingen en verenigingen

Publication date:

2000

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

van der Sangen, G. J. H. (2000). Over vertrouwen, derdenbescherming en de lijdelijkheid van de Kamer van Koophandel. *Stichting & Vereniging: tijdschrift over belastingen, recht en management rond stichtingen en verenigingen*, (4/2000), 102-107.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Over vertrouwen, derdenbescherming en de lijdelijkheid van de Kamer van Koophandel

mr G.J.H. van der Sangen¹

Met de invoering van Handelsregisterwet 1996 en het Handelsregisterbesluit 1996 komt de kvk een grotere bevoegdheid toe tot wijziging van gegevens. Een en ander betekent echter niet dat het beginsel van de lijdelijkheid van de kvk verlaten is. De ondernemer/rechtspersoon blijft uiteindelijk verantwoordelijk voor een juiste inschrijving. Schrijver gaat in op de consequenties van dit uitgangspunt voor een aantal gevallen dat een pseudo-vertegenwoordiger handelt terwijl dit handelen wordt toegerekend aan de principaal zonder dat er strikt genomen sprake is van enig toedoen aan de zijde van de ondernemer/rechtspersoon.

1 Inleiding

Op 1 oktober 1997 is de nieuwe Handelsregisterwet 1996 alsmede het Handelsregisterbesluit 1996 in werking getreden.² Op 1 januari 1998 zag een nieuwe Wet op de kamers van koophandel het licht.³ In de toelichting bij de Handelsregisterwet 1996 (hierna: Hrgw 1996) wordt melding gemaakt van het feit dat met de inwerkingtreding van onderstaande regelgeving geen inhoudelijke wijziging is beoogd ten opzichte van de oude Handelsregisterwet. De invoering van de nieuwe regelgeving terzake hield in hoofdzaak verband met een sterke vereenvoudiging van de inschrijvingsplichten en de integratie van het verenigingen- en stichtingenregister in de registers van de kamer van koophandel (hierna: kvk).⁴ Met name op het punt van de derdenbescherming blijft alles bij het oude, zodat de jurisprudentie naar aanleiding van art. 31 Hrgw (oud) ook thans haar relevantie behoudt.⁵ Kort

1 Mr G.J.H. van der Sangen is universitair docent Ondernemingsrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant en verbonden aan het Center for Company Law aldaar, en tevens redacteur van *Stichting & Vereniging*.

2 Wet van 8 februari 1996, *Stb.* 1996, 181, gewijzigd bij wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 783 (Handelsregisterwet 1996) resp. besluit van 18 september 1997, *Stb.* 1997, 417 (Handelsregisterbesluit 1996).

3 Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 783 (Wet kamers van koophandel en fabrieken 1997).

4 Zie hierover D.J. Willemars, Nieuwe handelsregisterwet 1996: enkele gevolgen voor stichtingen en verenigingen, *S&V* 1998, p. 23-25. Uitvoerige behandeling is te vinden in W.R. Veldhuyzen, *Het handelsregister*, tweede druk, serie Praktijkhandleidingen, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer: 1998, en in V.A.E.M. Meijers, *Handboek handelsregister*, serie recht en praktijk nr. 108, Kluwer, Deventer: 1998. Beide boeken zijn besproken door T.J. van der Ploeg in *Ondernemingsrecht* 2000-3, p. 89-91.

5 Zie MvT, kamerstukken 23 970, nr. 3, p. 13 bij art. 19 van het oorspronkelijke ontwerp (thans art. 18 Hrgw 1996).

samengevat komt de bescherming die derden aan het handelsregister kunnen ontlenen, neer op het volgende: een inschrijvingsplichtige onderneming c.q. rechtspersoon kan zich tegenover een onkundige derde niet beroepen op hetgeen niet, onvolledig dan wel onjuist is ingeschreven, indien het niet ingeschreven of onjuiste feit van belang is voor de totstandkoming van een rechtshandeling.⁶ Hetgeen ingeschreven is in het handelsregister kunnen derden voor 'waar' aannemen.⁷ De eisen van het handelsverkeer brengen met zich dat derden als een rots op de inschrijving in het handelsregister moeten kunnen vertrouwen.

Nu vervult de kvk in het systeem van de handelsregisterwet in beginsel een beperkte en lijdelijke rol: hetgeen door de opgaveplichtige ter eerste inschrijving wordt aangeboden, wordt slechts summierlijk op haar juistheid gecontroleerd,⁸ terwijl voor het overige op de opgaveplichtige(n) de verplichting rust binnen een week na een eventuele wijziging hiervan opgave te doen bij het handelsregister.⁹ Ook van een dergelijke wijziging wordt slechts summierlijk de juistheid gecontroleerd.¹⁰ Een en ander impliceert dat de verantwoordelijkheid voor de ingeschreven gegevens terzake van ondernemingen c.q. rechtspersonen in eerste en laatste instantie berust bij de opgaveplichtige(n). De vraag rijst of een dergelijke eenzijdige afweging ten gunste van een vlot handelsverkeer en de bescherming van derden, in alle gevallen op zijn plaats is. In het bijzonder kan men zich afvragen of het redelijk is de gevolgen van het ontbreken, de onvolledigheid of onjuistheid van in te schrijven feiten steeds voor rekening te laten van de onderneming c.q. de rechtspersoon, indien de kvk lijdelijk is ten aanzien van de ingeschreven feiten, d.w.z. geen wettelijke verplichting heeft tot controle van de ingeschreven feiten. Past een dergelijke lijdelijkheid wel in een systeem waarbij volledige derdenbescherming wordt beoogd ten aanzien van onkundige derden, derden derhalve op wie geen onderzoeksplicht rust anders dan naar hetgeen staat vermeld in het handelsregister? Betekent dit niet dat op de ingeschreven onderneming een voortdurende controleplicht rust terzake van de ingeschreven feiten, waarvan op voorhand reeds duidelijk is dat hieraan niet te voldoen is?

6 Zie art. 18 Hrgw 1996, in het bijzonder lid 1 en 3 resp. art. 2:6 lid 1, 2, en 3 BW.

7 Dit vinden de kamers van koophandel zelf ook blijktens www.kvk.nl/kvk.

8 De inschrijvingsplicht is neergelegd in art. 5 lid 1 Hrgw 1996. Voorzover het rechtspersonen betreft rust deze inschrijvingsplicht tevens op Boek 2 BW. Zie de artt. 2:69/180, 29 (jo. 53a) en 286 BW. De verplichting rust op elke bestuurder, ook de bestuurder die nietvertegenwoordigingsbevoegd is. Welke ondernemingen c.q. rechtspersonen moeten worden ingeschreven is geregeld in art. 3 jo. 4 Hrgw 1996.

9 Zie art. 8 jo. 9 lid 2 Hrgw 1996.

10 Zie art. 5 Hrgw 1996.

2 Vertrouwen en derdenbescherming: drie situaties

I Opgaveplicht bij eerste inschrijving c.q. bij latere wijziging, terwijl de inschrijving resp. de wijziging juist heeft plaatsgevonden

Heeft de opgave juist en volledig plaatsgevonden, dan kan het ingeschrevene in beginsel worden tegengeworpen aan derden¹¹. Anders gezegd, van een juiste inschrijving gaat in beginsel een reflexwerking uit. De derde kan zich niet beroepen op onbekendheid met gegevens die door de ondernemer c.q. rechtspersoon op de daartoe voorgeschreven wijzen zijn gepubliceerd. De reflexwerking geldt echter niet voor de pseudo-vertegenwoordiger van de ingeschreven onderneming.¹²

Vanuit het perspectief van de opgaveplichtige kunnen zich twee problemen voordoen. In de eerste plaats kan een opgaveplichtige geconfronteerd worden met een weigering van de kvk tot inschrijving over te gaan. De weigering kan gelegen zijn in het feit dat de kvk van mening is dat degene die de opgave doet, daartoe niet verplicht of bevoegd is (art. 4 lid 1 Hrgb 1996), in het feit dat wettelijke voorschriften voor de inschrijving niet worden nageleefd dan wel de vereiste gegevens en bescheiden voor de beoordeling van de inschrijving niet worden verstrekt (art. 4 lid 2 Hrgb 1996), of in het feit dat de kvk van oordeel is dat de opgave niet juist is (art. 5 lid 2 Hrgb 1996). Tegen een dergelijke weigering staat beroep bezwaar en beroep open ingevolge art. 4:5 lid 1 AWB.¹³ Denkbaar is echter dat bij geschil van mening over hetgeen moet worden ingeschreven, de opgaveplichtige zich desnoods in kort geding tot de rechter kan wenden teneinde langs de weg van art. 23 Hrgw 1996 inschrijving af te dwingen. Een bestuurder zou bijv. een spoedeisend belang kunnen hebben in het geval de inschrijving van een BV door de kvk wordt geweigerd, gezien de zware aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:180 lid 2 BW.

Het eigenaardige aan het systeem van het handelsregister is dat weliswaar de kvk in voorkomende gevallen een discretionaire bevoegdheid heeft inschrijvingen te weigeren alsmede om wijzigingen aan te brengen,¹⁴ maar dat de eindverantwoordelijkheid en het risico van de inschrijving steeds berust bij de opgaveplichtige onderneming. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de kvk op de voet van art. 23 Hrgw 1996 verzoekt tot wijziging van de gegevens bij de kantonrechter. De kvk is dan ook in zoverre lijdelijk dat op haar geen wettelijke plicht rust tot

11 Zie art. 2:6 lid 4 BW. Een dergelijke bepaling vindt men niet in (art. 18 van) de Hrgw 1996. Aangenomen wordt dat in beginsel een dergelijk reflexwerking voortvloeit uit het systeem van de handelsregisterwet. Op derden rust een beperkte onderzoeksplicht naar hetgeen staat ingeschreven in het handelsregister. Zie Veldhuyzen, *a.w.*, p. 119, alsmede Meijers, *a.w.*, p. 234. Vereist is wel dat de ingeschreven gegevens op alle daarvoor vereiste wijzen zijn gepubliceerd.

12 Zie HR 26 juni 1981, *NJ* 1982, 1 (Vof Van den Broek)

13 Zie hierover Meijers, *a.w.*, p. 124.

14 Zie art. 10 en 11 Hrgw 1996.

diepgaande controle van de aangeboden gegevens en bescheiden, terwijl wijziging van de gegevens c.q. weigering tot inschrijving slechts een discretionaire bevoegdheid betreft. Een en ander betekent echter niet dat de kvk gezien haar wettelijke taak en bevoegdheid ten opzichte van de opgaveplichtige niet verplicht zou zijn regels van maatschappelijke zorgvuldigheid in acht te nemen, op niet naleving waarvan de sanctie van de verplichting tot schadevergoeding staat. Zie hierna onder 3.

In de tweede plaats kan de vraag rijzen wat de reikwijdte is van de hierboven aangeduide reflexwerking. Er zijn namelijk gevallen denkbaar waarbij ondanks een juiste inschrijving in het handelsregister, de onbevoegdheid van de vertegenwoordiger door de principal (de ondernemer/de rechtspersoon) niet tegen te werpen is aan de derde. Vooreerst kan men hierbij denken aan de omstandigheid dat de schijn van bevoegdheid is opgewekt door de toedoen van de principal.¹⁵ Bescherming van de derde kan nooit gerechtvaardigd zijn doordat de derde uitsluitend afgaat op verklaringen en gedragingen van de pseudo-vertegenwoordiger. Het vertrouwen van de derde dat de pseudo-vertegenwoordiger een toereikende bevoegdheid heeft, moet steeds mede door toedoen van de principal bij de derde zijn opgewekt. Niet is vereist dat hiervoor steeds een actieve handeling van de principal is aan te wijzen. Ook een nalaten door niet in te grijpen kan bij de derde het vertrouwen opwekken dat de pseudo-vertegenwoordiger bevoegd was namens de principal te handelen.¹⁶ Aldus staat het toerekenen van de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid aan de principal in de sleutel van de vertrouwensleer. Ik merk hierbij op dat deze problematiek met name speelt indien rechtspersonen vertegenwoordigingsbevoegdheid verlenen aan anderen dan bestuurders, niet op grond van de statuten maar op grond van een beperkte volmacht die door inschrijving in het handelsregister in beginsel aan derden kan worden tegengeworpen.¹⁷ Ten aanzien van vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders geldt op grond van het Richtlijnenstelsel reeds dat een mogelijk beroep van de rechtspersoon op onbevoegdheid reeds sterk aan banden is gelegd, zij het dat ook hier de inschrijving van een algemene uitsluiting van vertegenwoordigingsbevoegdheid of een twee-handtekeningen-clausule slechts aan derden is tegen te werpen indien deze op de daartoe vereisten wijzen is gepubliceerd.¹⁸

15 Zie art. 3:61 lid 2 BW als codificatie van HR 6 mei 1926, *NJ* 1926 (Vas Dias/Salters). Zie over het toedoenbeginsel als vereiste voor derdenbescherming *Mon. Nieuw BW A-22 (Nieskens/Van der Putt)*, p. 23 en 31-36

16 Zie HR 1 maart 1968, *NJ* 1968, 246 (Moluks Evangelische Kerk/Crijns)

17 Zie art. 21 Hrgw 1996. Zie voor kritiek hierop E.E.G. Gepken-Jager, 'Onbeperkte volmachten bij ondernemingen', *TVVS* mei 1998, nr. 98/5, p. 128-133.

18 Zie art. 2:6 lid 2 BW. Voorzover een bestuurder niet is uitgesloten van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging is zijn bevoegdheid 'onbeperkt en onvoorwaardelijk'. Zogenaamde statutaire machtigings- of goedkeuringsvereisten als ook kwalitatieve en kwantitatieve beperkingen hebben steeds interne werking, behoudens bijzondere omstandigheden zoals deze zich voordeden in HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480 (Bibolini) en HR 5 januari 1979, *NJ*

De laatste jaren zijn er evenwel in de jurisprudentie aanwijzingen te vinden dat toerekening van het onbevoegde handelen van de pseudo-vertegenwoordiger aan de principaal niet alleen zijn grondslag heeft in de vertrouwensleer en het toedoenbeginsel, maar ook kan zijn gelegen in het feit dat de gedraging van de pseudo-vertegenwoordiger ligt in de *risicosfeer van de principaal*. Daarvoor is met name reden indien het (al dan niet publiekrechtelijke) rechtspersonen betreft die zelf de gelegenheid hebben gecreëerd c.q. hebben laten voortbestaan dat de pseudo-vertegenwoordiger in de gelegenheid is komen te verkeren dat hij zich als vertegenwoordiger van de principaal heeft kunnen voordoen, en wel zodanig dat de derde er niet op bedacht hoefde te zijn dat vertegenwoordigingsbevoegdheid ontbrak.¹⁹ Men spreekt in dit verband ook wel van toerekening van risicofactoren, het risicocorrectief of van het aan het Amerikaanse recht ontleende leerstuk van ‘apparent authority’,²⁰ dat echter volgens Van Dunné voor Nederlandse verhoudingen reeds zijn eigen invulling heeft gekregen met onder andere de arresten van de Hoge Raad inzake WGO/Koma, Felix/Aruba, Bouwbedrijf Hartman/Bakker, Nacap/Kurstjens.²¹

Om welke risicofactoren gaat het eigenlijk:

- de hoogte van de positie die de pseudo-vertegenwoordiger binnen de organisatie inneemt, en diens gedragingen,
- de omstandigheid dat de organisatie en/of de verdeling van bevoegdheden over de verschillende organen, als gevolg van onduidelijkheid, onoverzichtelijkheid of ontoegankelijkheid van de desbetreffende regelingen, voor buitenstaanders ondoorzichtig zijn,
- de eventuele nalatigheid van de zijde van de principaal om de derde tijdig op de onbevoegdheid van de functionaris opmerkzaam te maken.²²
- of de aard van de rechtshandeling gegeven de positie van de functionaris en de aard van de werkzaamheden tot een normale, in de branche gebruikelijke bezigheid behoort,²³
- de omstandigheid dat het wel bevoegde orgaan wetenschap heeft van het onbevoegde optreden terwijl deze wetenschap kenbaar was bij de derde,

1979, 317 (Slijkerman/'t Oldörp).

19 Ook hier zou men met enige fantasie nog wel van toedoen van de principaal kunnen spreken, alhoewel het toedoenbeginsel op deze wijze wel zeer wordt opgerekt. In gelijke zin C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties, Deventer 1999, p. 39.

20 Zie hierover de prachtige bijdrage van J.M. van Dunné, ‘To do or not to do, that is the question. De overgang van toedoenbeginsel naar toerekeningsbeginsel bij vertegenwoordiging krachtens volmacht’ en van M.A.J.G. Janssen en A.F. Eeken, ‘Het toedoenbeginsel uitgehold, ofwel van Vas Dias/Salters tot Nacap/Kurstjens’ in: *Vertegenwoordiging en tussenpersoon*, S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.A.M. Strens-Meulemeester (red.), serie Onderneming en recht, deel 17, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999 alsmede de daar aangehaalde literatuur.

21 Zieresp. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 545, HR 7 november 1992, NJ 1993, 287, HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 en HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 582.

22 Ontleend aan HR 7 november 1992, NJ 1993, 287 (Felix/Aruba)

23 Ontleend aan HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 (Bouwbedrijf Hartmann/Bakker).

– en de tijdsdruk waaronder de transactie heeft plaatsgevonden.²⁴

Bij dit alles blijkt de vraag of de derde op de hoogte had kunnen zijn van de onbevoegdheid van de pseudo-vertegenwoordiger door raadpleging van het handelsregister minder relevant te zijn.²⁵ Indien het ‘toedoen’ van de principaal louteren alleen hieruit bestaat dat hij de pseudo-vertegenwoordiger in zijn functie heeft benoemd, terwijl de derde door raadpleging van het handelsregister op eenvoudige wijze zich op de hoogte had kunnen stellen van (de beperkingen van) de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid,²⁶ dan is de inschrijving in het handelsregister wel beslissend.²⁷

Versluiering van bevoegdheden kan zich ook voordoen, indien de inschrijving op zich juist heeft plaatsgevonden maar het samenstel aan ingeschreven feiten dermate onduidelijk is dat van de derde niet kan worden verwacht dat hij zich bij raadpleging van het handelsregister een juiste voorstelling kan maken van de (omvang van de) vertegenwoordigingsbevoegdheid van de desbetreffende functionaris. Om een voorbeeld te geven: stel dat in de statuten van Stichting X is opgenomen dat naast het bestuur de directeur die belast is met de dagelijkse leiding, zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is²⁸ en voorts dat toegestaan wordt dat deze directeur in voorkomende geval aan individuele bestuursleden volmacht kan verstrekken tot het verrichten van rechtshandelingen tot f 50.000,-. Vervolgens sluit bestuurder Y namens de stichting een overeenkomst ter waarde van f 70.000,- met leverancier L. Kan nu de stichting, indien aangesproken door L, aan L tegenwerpen dat bestuurder Y niet bevoegd was en dat L op de hoogte had kunnen zijn de bevoegdheidsbeperking? Het antwoord hangt af van de vraag hoever de onderzoeksplicht van L reikt naar hetgeen ingeschreven staat in het handelsregister. In het algemeen moet worden aangenomen dat weliswaar van L kan worden verwacht dat hij controleert wie vertegenwoordigingsbevoegd is, maar niet dat hij een diepgaand onderzoek instelt naar de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegd. Evenals Van Schilfgaarde acht ik het in het onderhavige geval bovendien in strijd met de ratio van het Richtlijnenstelsel dat de overschrijding van de kwantitatieve beperking aan L kan worden tegengeworpen.²⁹ De redenering van Van Schilfgaarde leidt ertoe dat de desbetreffende bestuurder alsnog ‘onbeperkt en onvoorwaardelijk’ vertegenwoordigingsbevoegd is.³⁰ Opvallend is dat ten

24 Ontleend aan HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 581 (Nacap/Kurstjens)

25 Zoals het geval was in HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 582 (Nacap/Kurstjens).

26 Zie art. 21 Hrgw 1996 dat de mogelijkheid (niet de plicht) eventuele volmachten en de daarbij geldende beperkingen in te schrijven.

27 In soortgelijke zin Janssen/Eeken, *a.w.*, p. 66.

28 Deze directeur/niet zijnde bestuurder ontleent zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid aan de statuten op de voet van art. 2:292 lid 4 BW.

29 Zie aldus P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, elfde druk, Gouda Quint, Deventer: 1998, p. 169.

30 In soortgelijke zin T.J. van der Ploeg, *t.a.p.*, p. 90, die concludeert dat de kvk een dergelijke inschrijving zou moeten weigeren.

aanzien van kapitaalvennootschappen mede op basis van de Departementale Richtlijnen 1986 wel anders hierover wordt gedacht: toelaatbaar is ingevolge § 10 dat de statuten de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder uitsluiten, waarna mits de statuten dit toestaan, door het bestuur aan de eerder van vertegenwoordigingsbevoegdheid uitgesloten bestuurder een volmacht wordt verstrekt waarin desgewenst beperkingen kunnen worden opgenomen. Een dergelijke beperking zou dan, mits gepubliceerd, aan derden kunnen worden tegengeworpen.³¹

II Opgaveplicht bij eerste inschrijving c.q. bij latere wijziging, maar er is sprake van een onjuiste opgave resp. een onjuiste wijziging

Bij deze gevallen komt de lijdelijkheid van de kvk het meest duidelijk naar voren. Hetgeen door de opgaveplichtige wordt ingeschreven ter inschrijving, wordt slechts summierlijk door de kvk op haar juistheid gecontroleerd. Indien blijkt dat de opgave onjuist is, kan de inschrijving worden geweigerd. De opgaveplichtige is zelf verantwoordelijk voor de juistheid en de volledigheid van de in te schrijven gegevens. De onvolledigheid of onjuistheid kan dan niet aan derden worden tegengeworpen, indien deze nietop de hoogte was van de gebrekkige inschrijving. Vaste jurisprudentie is dat de onkundige derde om de bescherming deelachtig te worden, niet vóór het afsluiten van de transactie ook daadwerkelijk het handelsregister moet hebben geraadpleegd.³² Vaste jurisprudentie is voorts dat de derde de bescherming alleen deelachtig wordt terzake van rechtsbetrekkingen op het aangaan waarvan het ontbreken van een juiste of volledige inschrijving in het handelsregister van hetgeen daarin wettelijk ingeschreven moet worden, in het algemeen van invloed kan zijn.³³ Concreet betekent dit dat het handelsregister wel van belang is voor (het bestaan van) vorderingen voortvloeiend uit rechtshandelingen, maar niet voor (het bestaan van) vorderingen voortvloeiend uit de wet, zoals bij de onrechtmatige daad.³⁴ Bescherming van de derde is hier op zijn plaats omdat er in deze gevallen sprake is van *toedoen van de opgaveplichtige*: de oorzaak voor het niet inschrijven, onvolledig of onjuist inschrijven, waar (wijziging van de) inschrijving plicht is, ligt bij de opgaveplichtige en komt mitsdien voor zijn rekening. Ook hier geldt een ruim *toedoenbeginsel* blijkens het arrest van de Hoge Raad inzake Sanders/Visser: hij die door het ter beschikking stellen van briefpapier

31 Zo ook *Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II*, nr. 93 p. 99 en 100.

32 Aldus uitdrukkelijk HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 386 (Café 't Brouwertje).

33 Aldus uitdrukkelijk HR 18 juni 1952, *NJ* 1953, 530 (Ontvanger/Kleiberda).

34 Zie hierover Meijers, *a.w.*, p. 238. Vlg. ook HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 en HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 303, beide arresten inzake Crédit Lyonnais/notaris T, en de uitleg van H.C.F. Schoordijk, 'Onbevoegde vertegenwoordiging, apparent authority en de rol van het handelsregister', *NJB* 10 januari 1997, afl. 2, p. 53-58.

de gelegenheid schept dat er een onjuiste opgave wordt gedaan c.q. een vereiste wijziging niet resp. niet juist wordt ingeschreven, draagt daarvoor zelf het risico.³⁵ Zoals hierboven onder I. aangeduid kan het *toedoenbeginsel* ook nog een rol spelen in het geval de inschrijving juist heeft plaatsgevonden.

Is de opgave onjuist of onvolledig door een omstandigheid die ligt in de risicosfeer van de opgaveplichtige, dan ligt bescherming voor de hand. Maar hoe is de situatie dat de opgaveplichtige de gegevens juist en volledig verstrekt maar door een fout van de kvk een onjuiste of onvolledige inschrijving tot stand komt, zodat van enige vorm van toedoen geen sprake is. Aangenomen mag worden dat in een dergelijk geval onjuiste of onvolledige inschrijving door de derde niet aan de opgaveplichtige kan worden tegengeworpen. Evenwel, en dat maakt de positie van de opgaveplichtige minder rooskleurig, rust op hem de bewijslast dat er geen sprake is van enig toedoen.³⁶ Bovendien mag van de opgaveplichtige wel worden verwacht dat hij binnen redelijke termijn zelf controleert of de door hem aangeboden gegevens juist zijn ingeschreven. Schendt hij deze zorgplicht, dan is er mijns inziens alsnog sprake van toedoen aan de onjuiste inschrijving, zodat derden beschermd worden. Een en ander laat mijns inziens de eigen aansprakelijkheid van de kvk voor de foutieve inschrijving jegens de opgaveplichtige onverlet.³⁷

3 Een voorbeeldige casus

III Geen opgaveplicht, maar wel een inschrijving, zij het onjuist

Beleggingsmaatschappij S BV is ingeschreven in het handelsregister. Enig aandeelhouder en bestuurder is S. Het belangrijkste activum van de bv betreft een riant woonboerderij, die blijkens de inschrijving in de openbare registers op naam van de bv staat. In het handelsregister staat S als enig bestuurder vermeld. Op zeker moment wordt aan de balie van de kvk twee wijzigingsformulieren door ene zekere W overlegt, met als inhoud dat S aftreedt als bestuurder, en dat W geldt als de nieuwe bestuurder van S BV. Onder beide formulieren staat de door W vervalste handtekening van S, vervalst weliswaar maar voldoende om bij de dienstdoende medewerker de indruk te wekken dat een en ander plaatsvindt met instemming van S. Om een legitimatie wordt niet gevraagd. Ook wordt door de desbetreffende kvk geen contact opgenomen met de ‘voormalige’ bestuurder S.

De volgende dag vraagt W een uittreksel uit het handelsregister en vervoegt zich daarmee naar notaris V, alwaar ten name van de bv de verkoop en het transport van de boerderij aan X wordt voorbereid. Nadat de notaris bij het handelsregister

35 HR 2 januari 1953, *NJ* 1953, 531.

36 Zo ook Meijers, *a.w.*, p. 232.

37 Zie voor de vraag wat rechtens is indien de kvk op onrechtmatige wijze gebruik maakt van haar wijzigingsbevoegdheden Meijers, *a.w.*, p. 180

heeft controleert of W bestuurder is van de bv en derhalve vertegenwoordigingsbevoegd is, en onderzoek heeft gedaan naar de beschikkingbevoegdheid van de bv ten aanzien van de boerderij, worden de akten verleden en onverwijld ingeschreven in de openbare registers. De koopsom wordt door verkoper gestort op een bij bank R ten name van de bv staande rekening, waarna W als pretense bestuurder van S BV onmiddellijk de volledige koopsom opneemt. Ook dan wordt geen contact opgenomen met S. De schade voor de bv bedraagt f 950.000,- (de waarde van de boerderij) exclusief de kosten van verhaal. Nadat de handel en zwendel van W aan het licht is gekomen, blijkt tot overmaat van ramp de woonboerderij ten overstaan van een andere notaris voor een tweede maal te zijn verkocht en overgedragen.

Quod iuris? Kunnen de protagonisten in deze trieste affaire hun eigen aansprakelijkheid ontlopen met een beroep op de inschrijving in het handelsregister ten tijde van de bewuste rechtshandelingen (de notaris bij de verkoop en transport van de boerderij resp. de bank ten aanzien van de uitbetaling van de koopsom)? Rust op de notaris resp. de bank niet een grotere zorgvuldigheids- en/of onderzoeksplicht? Rust er wellicht enige aansprakelijkheid op de kvk in kwestie? Kan de eerste dan wel tweede koper worden aangesproken tot schadevergoeding?

Voorop staat de onrechtmatige gedraging van W. waarvan echter aannemelijk is dat deze geen verhaal zal bieden. Belangrijk is verder dat noch van de zijde van de bv noch van de zijde van haar bestuurder S sprake is van enig toedoen aan de onjuiste inschrijving in het handelsregister. Derhalve is hier niet de situatie aan de orde zoals in het arrest van de Hoge Raad inzake Sanders/Visser, waarbij door de voormalige eigenaar zelf de kans werd gecreëerd dat er een onjuiste opgave kon worden gedaan. In casu gaat het om de spiegelbeeldige situatie. Van belang is ook dat op bestuurder S geen opgaveplicht rustte, omdat er in werkelijkheid geen verandering had plaatsgevonden. What in casu zelf om een wijzigingsformulier verzocht bij de kvk dat aan W dan ook, niet gespeend van gevoel voor service, zonder meer werd verstrekt. Nu er van de zijde van de bv aantoonbaar geen sprake is van 'toedoen', kan de eerste koper geen beroep doen op de bescherming die art. 18 lid 3 Hrgw 1996 resp. art. 2:6 lid 3 BW biedt. Slechts onder bijzondere omstandigheden is de bv gebonden aan de door de onbevoegde vertegenwoordiger verrichte rechtshandeling. De omstandigheden moeten dan dusdanig zijn dat zij nopen tot de slotsom dat aan degene wiens handtekening is vervalst, valt toe te rekenen dat de wederpartij de handtekening voor echt heeft gehouden en redelijkerwijs mocht houden.³⁸ De eerste koper komt overigens ook geen beroep toe op enige andere regel van derdenbescherming terzake van de overdracht van het registergoed. Indien men aanneemt dat voor de bescherming van art. 18 lid 3 Hrgw 1996 vereist is dat er sprake is van enig toedoen aan de zijde van wie de

38 Zie HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, 809 (Adaro Kantoormachines).

handtekening wordt vervalt, dan betekent dit in casu dat er geen binding is ontstaan tussen de bv en de eerste koper. Ingeval de boerderij niet zou zijn overgedragen aan de twee koper, dan zou S namens de bv de boerderij kunnen revindiceren, aangezien de eerste koper wegens het ontbreken van een geldige titel geen eigendom heeft verkregen krachtens overdracht.³⁹

Evenwel is de boerderij in deze casus wel voor de tweede maal overgedragen, weliswaar door de beschikkingsonbevoegde eerste koper, maar de tweede koper wordt hiertegen beschermd op grond van art. 3:88 BW, mits de tweede koper te goeder trouw is in de zin van art. 3:12 BW. Of de tweede koper te goeder trouw is, is in deze casus afhankelijk van hetgeen hij wist of behoorde te weten omtrent de beschikkingsbevoegdheid van de eerste koper en mitsdien tevens afhankelijk van hetgeen hij wist omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid van W als ‘bestuurder’ van S BV. Op de tweede koper rust mijns inziens een beperktere onderzoeksplicht naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van W. Hoewel ook hier geen sprake is van enig toedoen van S BV noch van zijn bestuurder S dat aan haar kan worden toegerekend, lijkt het redelijk het beroep van de tweede koper op de inschrijving in het handelsregister wel te honoreren. De ratio achter dit verschil is dat de tweede koper niet de wederpartij van S BV is, maar een derde die in het geheel niet betrokken is bij S BV. Men houde voor ogen dat de eerste koper zelf in onderhandeling is getreden met pseudo-bestuurder W en dat van enig toedoen aan de zijde van S BV geen enkele sprake is.

Dan nu de vraag of de notaris aansprakelijk is voor de schade die de bv heeft geleden. Op de notaris rust een verregaande onderzoeksplicht naar de beschikkingsbevoegdheid van S BV voortvloeiend uit zijn wettelijke taak. Maar rust op de notaris ook een dergelijke vergaande onderzoeksplicht naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de pseudo-bestuurder W die namens SBV optrad. De vraag is of ook de notaris bij de uitoefening van zijn wettelijke taak een beroep toekomt op art. 18 lid 3 Hrgw 1996. In zijn algemeenheid kan de notaris zich beroepen op hetgeen in het handelsregister is ingeschreven. De positie van de notaris wijkt in zoverre af van die anderen derden, dat van de notaris wel vereist kan worden dat hij om aan zijn rechercheplicht te voldoen, uiterlijk op het tijdstip van het passeren van de akte gecontroleerd heeft, dat degene die compareert voor de rechtspersoon vertegenwoordigingsbevoegd is.⁴⁰ De in het arrest van de Hoge Raad inzake Café 't Brouwertje geformuleerde regel geldt niet voor de notaris. Van enige verregaande onderzoeksplicht van de notaris blijkt evenwel niet uit de jurisprudentie. Ook de notaris zal zich slechts dan niet op de inschrijving in het handelsregister kunnen beroepen, indien hij op de hoogte was van de onbevoegdheid van W (subjectief niet te goeder trouw). Maar wat als de oprichting van de bv, waarvan

39 De eerste koper wordt immers slechts beschermd tegen het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, niet tegen de afwezigheid van het geldige titel. Vgl. art. 3:24 en 3:88 BW.

40 Zie HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 (Credit Lyonnais/notaris T).

S enig aandeelhouder en bestuurder is, ook bij dezelfde notaris heeft plaatsgevonden? Had het dan niet op de weg gelegen van de notaris informatie in te winnen bij S? Het beroep van de notaris op de inschrijving in het handelsregister kan overigens niet worden afgeweerd door erop te wijzen dat de notaris door medewerking te verlenen aan het passeren van de akte een wettelijke taak uitoefent, zodat eventuele vorderingen terzake voortvloeien uit de wet.⁴¹ Weliswaar oefent de notaris een wettelijke taak uit, maar of deze notaris wordt ingeschakeld hangt af van de opdracht die hem door partijen wordt verstrekt, zodat zijn medewerking een contractuele grondslag heeft.⁴²

Bijzonder in deze casus is de positie van de bank. Kon de bank de koopsom zonder meer na overlegging van het uittreksel uit het handelsregister te goeder trouw uit betalen aan pseudo-bestuurder W? Van belang is hier dat art. 6:34 BW strengere eisen stelt ten aanzien van de betaling aan een niet bevoegde dan volgt uit art. 2:6 lid 3 BW en 18 lid 3 Hrgw. Art. 6:34 BW eist objectieve goede trouw, terwijl voor bescherming op grond van art. 2:6 lid 3 BW en art. 18 lid 3 Hrgw 1996 subjectieve goede trouw volstaat. Aangenomen mag worden dat art. 18 lid 3 Hrgw 1996 als *lex specialis* derogeert aan art. 6:34 BW. Maar is de bank eigenlijk wel subjectief te goeder trouw?⁴³ In het algemeen zal er bij rekeningen die ten name van een rechtspersoon staan, gebruik worden gemaakt van een zogenaamde handtekeningenkaart, waarop al dan niet na overlegging van een uittreksel uit het handelsregister de rechtspersoon aangeeft wie namens de rechtspersoon bevoegd zijn om over de tegoeden te beschikken. In dit geval lijkt het aannemelijk dat er sprake is van wetenschap bij de bank - de wetenschap van de medewerker wordt toegerekend aan de bank -, dat W geen bestuurder is aangezien de handtekeningkaart niet is gewijzigd door toedoen van de S BV of haar bestuurder. Overigens acht ik het uitbetalen van het tegoed aan iemand die niet bevoegd is het tegoed te ontvangen, zonder de handtekeningkaart te controleren, in strijd met de zorgvuldigheid die de bank ten opzichte van de rekeninghouder in acht dient te nemen en leidt derhalve tot een schadevergoedingplicht op grond van wanprestatie.

41 Vgl. hetgeen hiervoor onder 2.II reeds werd opgemerkt naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad inzake *Ontvanger/Kleiberda*.

42 Ten aanzien van de curator die optreedt in het kader van een vordering op grond van art. 2:248 BW wordt wel aangenomen dat hij geen derde is in de zin van de Handelsregisterwet. Zie HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58 (Bodam Jacht-service).

43 Vgl. in dit verband de opmerking van Van Schilfgaarde in de noot in *Ars Aequi* onder het arrest *Café 't Brouwertje*: *In de literatuur pleegt men er de nadruk op te leggen dat met art. 31 Hrgw een ruimere bescherming wordt geboden dan over het algemeen aan 'derden te goeder trouw'. Het 'moeten weten' of 'behoren te weten' (...) zou geen rol spelen. Deze opvatting lijkt mij in zoverre onjuist dat in het recht weten en niet weten altijd normatief moeten worden geïnterpreteerd, dat wil zeggen dat het steeds gaat om hetgeen, gelet op de omstandigheden, redelijkerwijs aan de betrokkene als wetenschap kan worden toegerekend. Dat art. 31 Hrgw spreekt van 'onkundig' betekent slechts dat aan de oplettendheid van de derde minder strenge eisen worden gesteld.*

Haar eigen aansprakelijkheid kan zij niet met een beroep op het handelsregister terzijde schuiven.

4 De zorgplicht van de kvk: lijdelijkheid is niet hetzelfde als lijdzaamheid

Uiteraard kan S namens de bv ook de desbetreffende kvk aansprakelijk stellen voor de schade die het gevolg is van de onjuiste inschrijving, mits de bv kan bewijzen dat de onjuiste inschrijving (mede) door toedoen van een fout of nalatigheid van de kvk is ontstaan. Hoewel dat niet met zoveel woorden in de Handelsregisterwet noch in het Handelsregisterbesluit staat, mag de ingeschreven onderneming c.q. rechtspersoon er op vertrouwen dat in geval van een pretense opgaveplichtige zich aandient bij de kvk met een of meerdere wijzigingsformulieren, niet alleen summierlijk de juistheid hiervan wordt gecontroleerd, maar tevens dat er gevraagd wordt naar een legitimatie.⁴⁴ In deze casus is dat niet gebeurd. Aansprakelijkheid van de kvk op grond van art. 6:162 BW dient zich aan. Zelfs in het geval er wel gevraagd is naar een legitimatie, maar de legitimatie plaatsvond aan de hand van een vals identiteitsbewijs, kunnen er omstandigheden zijn die met zich brengen dat op de kvk een nadere onderzoeksplicht. Een dergelijke omstandigheid is mijns inziens het feit dat het in casu gaat om een een-persoonsvennootschap, waarvan gezien art. 14 sub g Hrgb 1996 ook bij de kamer van koophandel bekend is wie de enig aandeelhouder is. Had het niet op de weg gelegen van de kvk de uitschrijving en inschrijving van functionarissen op te schorten, een mogelijkheid die art. 4 lid 1 Hrgb 1996 biedt, teneinde van S een bevestiging te krijgen omtrent de wijziging? Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de interpretatie van art. 4 lid 1 Hrgb 1996: *‘Indien de kamer er niet van overtuigd is dat de opgave afkomstig is van iemand die tot het doen van opgave verplicht of bevoegd is, kan zij weigeren de opgave in behandeling te nemen.’* Hoewel het hier gaat om een discretionaire bevoegdheid van de kvk, betekent dit mijns inziens niet dat de kvk ontslagen is van de verplichting zelf dusdanige inspanningen te verrichten dat zij de overtuiging kan vormen dat de inschrijving geschiedt door een onbevoegde. De organisatie van de kvk dient dusdanig te zijn dat in elk geval met voldoende mate van zekerheid wordt vastgesteld wie degene is die opgave doet.⁴⁵ Onvolkomenheden behoren niet tot de risicosfeer de inschrijvingsplichtige onderneming of rechtspersoon, maar tot die van kvk.

44 Zie schrijft Veldhuyzen, *a.w.*, p. 33: ‘Van de aanvrager kan worden verlangd dat hij zich legitimeert’. Vlg. ook bij dezelfde p. 104.

45 Gezien www.kvk.nl/kvk is dat ook de bedoeling. *De praktijk leert wel eens anders.*